

O mínimo indenizatório sincrético e as violações ao devido processo penal

Lucas Corrêa Abrantes Pinheiro*

A reforma do Código de Processo Penal empreendida pelas Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008 trouxe inúmeras alterações de vulto para o sistema processual penal. Não se trata, porém, de reforma já encerrada, porque outras propostas de alteração do Código continuam tramitando no âmbito do Legislativo Federal. Especial destaque, em tal contexto, deve ser dado à Comissão de Juristas responsável pelo anteprojeto de CPP, criada a partir do requerimento 227 de 2008 de autoria do Senador Renato Casagrande e constituída pelo Senador Presidente Garibaldi Alves.

Os movimentos de reforma do processo penal perseguem a necessidade de construir um sistema harmônico com os fundamentos e objetivos da República instalada com a Constituição Federal de 1988, de modo a transparecer a coerência entre seus preceitos e os direitos e garantias fundamentais alçados à condição de cláusulas pétreas pelo artigo 60, §4.º, da Constituição.

Mais do que tornar-se um apurado instrumento técnico-dogmático de aplicação da lei penal, o processo penal em construção continua a buscar, à luz dos princípios constitucionais, sua consolidação como verdadeiro instrumento de afirmação dos valores ético-políticos da sociedade brasileira.

Das inúmeras alterações recentemente ocorridas, o presente estudo pretende avaliar o novo artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, cuja redação foi estabelecida pela Lei 11.719/2008.

Segundo o artigo em análise, o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Em complemento, o artigo 63, parágrafo único do CPP, alterado pela mesma Lei 11.719/2008, dispõe que “*transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da*

reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.”

As novas disposições legais alteram o panorama das ações civis decorrentes do ilícito penal. Segundo as regras gerais da ação civil *ex delicto*, a sentença penal condenatória é título executivo judicial certo em relação ao *an debeatur*, mas ilíquido em relação ao *quantum debeatur*. Bem por isso, se faz necessário promover a liquidação por artigos na forma do artigo 475-E do CPC, com possibilidade de produção de provas acerca do valor do dano existente.

A partir da nova regra, o título executivo judicial terá o *quantum debeatur* fixado no mínimo. Não nos parece, porém, que o mínimo indenizatório seja efeito genérico da sentença penal condenatória.

Do mínimo indenizatório como sanção civil e da impossibilidade de considerá-lo mero efeito genérico da sentença

Como regra, a sentença penal condenatória torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (cf. art. 91, I do Código Penal). A obrigação de reparar o dano é efeito genérico e automático sobre o qual não tem o juiz necessidade de manifestar-se a respeito. Isso porque o ordenamento aponta para o ilícito como fenômeno que transborda as estreitas amarras do Direito Penal, cujo objeto é específico.

Não por acaso, a doutrina e a lei denominam tal efeito de *genérico*.

Para Frederico Marques:

Ao lado dos efeitos que a condenação produz como ato jurídico, consequências dela derivam como fato ou acontecimento jurídico. A sentença condenatória, de par de seus efeitos principais, tem o que alguns denominam efeitos ‘reflexos ou acessórios’, ou efeitos indiretos, que são

* Defensor Público do Estado de São Paulo.

consequência dos efeitos principais, ou efeitos da sentença como fato jurídico.¹

À luz de tal lição, não nos parece correto afirmar que o mínimo indenizatório é efeito genérico da sentença penal condenatória. Afinal, se sobre ele o juiz se manifesta expressamente, devendo inclusive fundamentar como chegou ao *quantum* (por força do artigo 93, IX, da Constituição Federal) é porque, de fato, não se trata de mera consequência derivada da condenação, ou de mero reflexo ou efeito indireto. Trata-se de capítulo da sentença envolto por atividade cognitiva, a nosso ver, exauriente, conquanto limitada à valoração do mínimo indenizatório.

Quanto à divisão da sentença em capítulos, adota-se a lição de Candido Rangel Dinamarco:

Cada capítulo do decisório, quer todos de mérito, quer heterogêneos, é uma *unidade elementar autônoma*, no sentido de que cada um deles expressa uma deliberação específica; cada uma dessas deliberações é distinta das contidas nos demais capítulos e resulta da verificação de pressupostos próprios, que não que não se confundem com os pressupostos das outras. Nesse plano, a autonomia dos diversos capítulos de sentença revela apenas uma *distinção funcional entre eles*, sem que necessariamente todos sejam portadores de aptidão a constituir objeto de julgamentos separados, em processos distintos e mediante mais de uma sentença: a autonomia *absoluta* só se dá entre os capítulos de mérito, não porém em relação ao que contém julgamento da pretensão ao julgamento deste.²

O ilícito penal frequentemente ofende a esfera civil da vítima ou de seus herdeiros. O efeito principal da sentença penal condenatória é, segundo *Nucci*, fixar a pena³, após o reconhecimento do ilícito penal. Ora, como o ilícito (qualificado por sua natureza penal) ficou reconhecido pelo Judiciário que inclusive aplicou pena ao seu autor, eventuais implicações de natureza civil do mesmo fato, por óbvio, poderão ser buscadas na esfera judicial adequada. Efeito genérico, portanto, porque comum a todas as decisões condenatórias.

1 *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 468.

2 DINAMARCO. Candido Rangel. *Capítulos de sentença*, p. 34

3 *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 468.

A inovação do artigo 385, IV do CPP, porém, não traduz efeito genérico, mas verdadeira sanção de natureza civil aplicada já pelo juiz criminal e não em sede de ação civil *ex delicto*. O sincretismo das esferas penal e civil é evidente.

O mínimo indenizatório fixado pelo juiz de acordo com o artigo 387, IV, portanto, não é efeito genérico, mas sanção civil, embora aplicada em sede de processo penal, e, como tal, não pode ser fixado à margem das garantias constitucionais do réu, em especial o contraditório e a ampla defesa, sob pena de afronta ao devido processo legal.

Invocando os axiomas lógico-sequenciais de Luigi Ferrajoli “*não há culpabilidade ou responsabilidade sem o devido processo legal*”.

Nesse sentido, discordamos da posição defendida por Andrey Borges de Mendonça:

É relevante notar que a possibilidade de o magistrado criminal fixar o valor mínimo na sentença independe de pedido explícito. E não há violação ao princípio da inércia, segundo pensamos. Isto porque é efeito automático de toda e qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado impor ao réu o dever de indenizar o dano causado. Não é necessário que conste na denúncia ou na queixa tal pedido, pois decorre da própria disposição legal o mencionado efeito. É automático, já dissemos. Ou seja, independentemente de qualquer pedido, no âmbito penal, a sentença penal condenatória será considerada título executivo. O mesmo se aplica ao valor mínimo da indenização: decorre da lei, é automático, sem que seja necessário pedido expresso de quem quer que seja. A única modificação que a reforma introduziu foi transmutar o título executivo, que antes era ilíquido e agora passa a ser líquido, ao menos em parte.⁴

O mínimo indenizatório fixado pela nova lei já não é mero efeito da sentença, conquanto a obrigação de reparar o dano continue a ser, e isso a despeito da previsão expressa do Código Penal (art. 91, I do CP). Tal conclusão é possível porque a definição do legislador penal do efeito genérico da condenação (reparar o dano) é decorrência lógica de que o ilícito, antes de representar ofensa pontual ao direito penal, representa em verdade ofensa à ordem jurídica como um todo e

4 *in* Nova reforma do código de processo penal. São Paulo: Método, 2008, p. 240.

que a divisão do direito em ramos distintos ocorre por conveniência metodológica.

Ademais, a consideração da sentença penal condenatória como título executivo judicial depende exclusivamente da opção legislativa estampada no artigo 475, N, inc. II, do CPC.

Não obstante tais considerações iniciais, a doutrina, de plano, pareceu acolher com bons olhos a inovação. Afinal, ela aparentemente confere efetividade ao comando emergente da sentença ao integrar no édito condenatório o mínimo indenizatório devido à vítima ou seus herdeiros e, nesse sentido, alinha-se à perspectiva instrumental do processo, bem como representa a tão propalada revalorização do papel da vítima na controvérsia penal instaurada.

Para Leandro Galluzzi dos Santos:

O inc. IV passa a trazer uma possibilidade inovadora, qual seja a de o juiz penal determinar, na própria sentença condenatória, o valor mínimo dos danos acusados pela infração penal. Vislumbrou o legislador a possibilidade de tornar mais efetiva e menos burocrática a reparação do ofendido quando ajuizasse a ação civil ex delicto (art. 63). As discussões no Parlamento pautaram-se na possibilidade ou na obrigatoriedade de o juiz assim proceder, pois alguns entendiam que o juiz penal não teria condição de determinar esse valor se entre a data do fato e da sentença houvesse transcorrido um considerável prazo.

Na época dos trabalhos parlamentares, prevaleceu o posicionamento de que o juiz penal teria completa condição de avaliar este valor mínimo, pois, por exemplo, uma ofensa patrimonial, ainda que decorra grande espaço de tempo entre o fato e a sentença, sempre poderá ser recomposta, bastando que se faça a atualização dos valores por meio de cálculo simples, que não requererá do magistrado conhecimento matemático avançado. Ademais, o inciso é expresso em afirmar que este valor é mínimo, o que quer dizer que, não concordando com o valor atribuído, o ofendido poderá buscar a complementação, inclusive com o possível dano moral incluso.⁵

Não comungamos do entendimento apontado. Não nos parece aceitável que a efetividade e a desburocratização dos procedimentos para reparação

do ofendido possam ser recepcionadas pelo operador de modo acrítico, sem passar a nova regra pelos filtros de constitucionalidade existentes. A efetividade do processo e sua racionalidade não podem ter como preço a mitigação de direitos fundamentais do réu, sob pena de mitigação do processo como instrumento de afirmação de garantias.

Existente meio legal adequado no sistema, qual seja, a ação civil *ex delicto*, a nova lei ao inovar restringindo direitos, em especial o contraditório e ampla defesa, afronta a Constituição sem que seja possível sequer invocar a regra hermenêutica de ponderação de princípios, porque, de fato, os interesses em jogo não tem o mesma dignidade constitucional (*reparação civil X garantias constitucionais*).

Princípios constitucionais envolvidos e violados com a fixação de ofício do mínimo indenizatório

A jurisdição é por definição inerte, atua mediante provocação.

A inércia da jurisdição é ora apontada como princípio, ora como característica e ainda, por fim, a um só tempo princípio e característica da jurisdição. De todo modo, a inércia remonta às lições de Chiovenda e ganha especial relevo se considerado o matiz acusatório da atual processo penal brasileiro, que bem delimita as funções de julgar, defender e acusar.

Sem sombra de dúvidas, não se tratando de efeito genérico da sentença, mas de efeito envolto por verdadeira atividade cognitiva do magistrado, não se pode afastar a constatação de que a fixação do mínimo indenizatório sem pedido representa violação da inércia judicial.

Pode-se afirmar que a mera previsão legal não autoriza o magistrado a conceder de ofício a indenização mínima. A indenização, ainda que mínima, quer ocorra no juízo cível, quer sincreticamente no juízo criminal, é direito subjetivo, cujo reconhecimento pressupõe o correto exercício do direito de ação pelo respectivo titular.

Também por força da inércia, não se admite que o juiz, buscando conferir legalidade à sua atuação, abra vista à defesa para que se manifeste antes da sentença quanto ao mínimo indenizatório, porque,

5 In *As reformas no processo penal*. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 315.

também nessa hipótese, sem pedido do autor, estará movimentando-se fora das balizas legais.

Ademais, não existindo a provocação do interessado, não resta dúvida que a sentença que conceder a indenização mínima sem pedido será *extra petita*, bastando para tal constatação confrontar a peça inaugural do processo e os bens da vida concedidos pelo juiz ao autor da ação.

Logo, a fixação do mínimo indenizatório de ofício representa também evidente mácula ao princípio da correlação.

No sentido defendido, vale apontar o Enunciado 6 do Curso Regional de Atualização para Magistrados sobre as Alterações no Código de Processo Penal da Escola da Magistratura do Paraná:

6. Nos casos de procedimento do Júri, o art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, deve ser interpretado restritivamente, condicionando-se a fixação da indenização à habilitação de assistente de acusação, que deverá efetuar pedido expresso nesse sentido. *Aprovado por unanimidade.*

Pode-se ainda apontar, na hipótese de estipulação de ofício do mínimo indenizatório, violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, porque, não havendo pedido expresso, a sentença será inovadora, cerceando a defesa, pública ou privada, do direito de, no curso de processo, se informar, debater o que julgar pertinente e reagir conforme as possibilidades concretas, manejando recursos ou remédios constitucionais.

Noutra banda, é interessante notar que a aplicação de ofício carrega ao Tribunal, em segundo grau, a possibilidade de avaliação de matéria de mérito simplesmente não ventilada no primeiro grau.

Do mínimo indenizatório nos crimes ambientais. Diferenças fundamentais

Cumpre, todavia, antes de proceder a uma incursão mais detida sobre o novo artigo do CPP, advertir que a possibilidade de fixação do mínimo indenizatório pelo juiz criminal não é de toda uma verdadeira inovação no sistema processual penal. Antes

do novo artigo 387, IV, do CPP, disposição semelhante já podia ser encontrada no art. 20 da 9.605/1998.⁶

Porém, no caso de comprovado dano ambiental decorrente de conduta reputada criminosa, a fixação do *quantum* pelo juiz terá por base a perícia ambiental realizada com supedâneo no artigo 19 da mesma lei.

Nesse sentido, a lição de Guilherme de Souza Nucci “[...] *É natural que possa fazê-lo, pois a perícia produzida para a formação da materialidade (art. 19, caput, desta Lei) buscará, sempre, estipular o montante do prejuízo causado.*”⁷

Ora, como a perícia é realizada no curso da instrução, de fato a defesa pode manifestar-se a respeito dela, exercitando em completude os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Na hipótese do artigo 387, IV, do CPP, porém, nem sempre o juiz terá alguma prova técnica ao seu dispor. Nem a lei lhe impõe o dever de determinar a perícia, silenciando também quanto a quem competiria requerê-la. Daqui começam a sobressair os problemas da alteração legal em comento.

Da legitimidade para requerer o mínimo indenizatório

Uma observação já nos parece suficientemente amadurecida. O legislador poderia ter dado contornos mais claros ao novo instituto. Como não o fez, tormentosa questão, dentre outras, parece aflorar na doutrina quanto à legitimidade para o requerimento da indenização civil de maneira sincrética no bojo do processo penal.

Antônio Alberto Machado, por exemplo, afirma que “a fixação desse valor na sentença não depende de nenhuma postulação do autor da ação penal na denúncia ou queixa.”⁸

6 Art. 20. A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá efetuar-se pelo valor fixado nos termos do caput, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

7 In *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 786.

8 In *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 68.

Lado outro, Nestor Távora e Rosmar Alencar chegam à conclusão diversa ao afirmarem que “o magistrado não pode julgar extra petita, de sorte que só estabelecerá o valor da indenização se tal requerimento lhe foi apresentado, em regra, com a apresentação da inicial acusatória”⁹

Note-se ainda que, após a fixação do mínimo indenizatório na sentença, o Ministério Público não poderá manejar recurso de apelação contra tal capítulo da sentença, vez que se trata de interesse privado e disponível¹⁰.

A celeuma está, portanto, instalada e sobre ela ainda não houve tempo hábil de se debruçar a jurisprudência.

Viu-se alhures, que o mínimo indenizatório não tem natureza de efeito genérico da condenação, porque implica verdadeira sanção civil com objeto e quantificação bem delineados pelo juiz criminal e não de efeito abstratamente cogitado pelo legislador. E assim sendo, tratando-se de lesão ou ameaça a direito cuja solução está em partes (porque se trata de fixar o mínimo) colocada na esfera de competência do juiz criminal, é necessário garantir previamente ao posicionamento judicial, ao menos, o contraditório e a ampla defesa. Disso já tratamos mais detidamente.

A sanção civil mínima será assim, sem dúvida, pretensão (interesse de subordinação do interesse alheio ao próprio) do polo ativo da relação processual penal, diga-se, do Ministério Público ou do querelante.

Quanto ao titular da ação penal privada não parece haver qualquer problema. Afinal, pretensão indenizatória mínima é interesse cristalinamente *privado* e, admitidos o sincretismo processual e a parcela de competência deferida por lei ao juiz criminal (fixação do mínimo), poderá haver formulação de pedido indenizatório na queixa.

Não obstante, questiona-se se o Ministério Público poderia requerer a fixação do mínimo indenizatório. A resposta nos parece negativa.

A alocação da competência sincrética parcial (fixação do mínimo) nas mãos do juiz criminal não atrai implicitamente a legitimidade do Ministério

Público, cujo espectro de atuação está imposto pela Constituição Federal.

Entender pela legitimidade do Ministério Público para perseguir interesse privado é estabelecer contradição em termos com a literalidade do artigo 127 da Constituição “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (grifei).

Em consonância com tal entendimento, Eugênio Pacelli de Oliveira pondera:

Com o advento da Constituição de 1988 e com a previsão da instituição da Defensoria Pública, como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos necessitados (art. 134, CF), a razão de ser da legitimação do Ministério Público (pobreza do titular da ação civil) evidentemente deixou de existir.

E assim nos parece, até mesmo por incompatibilidade da atuação privada do *parquet* como o novo regramento constitucional reservado àquela instituição, incumbida, a partir de 1988, da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, de dimensão coletiva e difusa, e individuais indisponíveis (art. 127, CF).¹¹

De longa data, tal perfil constitucional vem sendo reconhecido e implementado pelo Ministério Público de São Paulo, de modo a isentar o promotor de justiça de atuar em prol de interesses individuais, quando não haja mínimo resquício de interesse público envolvido. Podem ser apontados, *verbi gratia*, os seguintes atos normativos: Ato 286-PGJ/CGMP/CPJ, de 22 de julho de 2002 (*não atuação em ações rescisórias*); Ato 289-PGJ/CGMP/CPJ, de 30 de agosto de 2002 (*não atuação como custos legis em habilitações de casamento e pedidos de conversão de união estável em casamento*); Ato 295-PGJ/CGMP/CPJ, de 12 de novembro de 2002 (*não atuação em usucapião individual*) bem como os atos 313-PGJ/CGMP, de 24 de junho de 2003 e 536/2008-PGJ/CGMP, de 7 de maio de 2008.

Assim, parece-nos correto aduzir que o Ministério Público não poderá, em regra, patrocinar interesse

9 in *Curso de Direito Processual Penal*, 2.ed. Salvador: Editora Podivm, 2009, p.177.

10 MACHADO. Antônio Alberto. Op. cit. p. 69.

11 In *Curso de Processo Penal*. 10. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 176.

privado na ação penal, formulando pedido desse jaez no bojo da denúncia.

A pretensão da vítima pela fixação do mínimo indenizatório poderá percorrer, portanto, um dos seguintes caminhos: pelo ajuizamento anterior ou simultâneo da ação civil com a ação penal; pela intervenção no curso do processo penal de assistente de acusação deduzindo o interesse privado; ou posteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por intermédio da Defensoria Pública ou de advogado particular, conforme a condição econômica do postulante.

Mas há uma exceção à impossibilidade de atuação do Ministério Público nesses casos, cujo fundamento legal repousa no *ainda constitucional* artigo 68 do Código de Processo Penal.¹²

A defesa dos necessitados está constitucionalmente dirigida à Defensoria Pública, definida pelo artigo 1.º da Lei Complementar Federal 80/1994 como *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal*.

A defesa individual dos necessitados é atribuição da Defensoria Pública, assim como também será a defesa dos interesses coletivos, observada sempre, nesses casos, a representatividade adequada.

Não se nega, porém, que o artigo 68 do Código de Processo Penal, redigido antes da existência da Defensoria Pública e antes do atual perfil constitucional do Ministério Público, consagra verdadeira regra garantidora de acesso à Justiça e que, portanto, precisa ser interpretada à luz do princípio da máxima efetividade.

Bem por isso, o artigo 68 do CPP continua válido apenas e tão somente onde for inexistente a Defensoria Pública, a exemplo do que continua a acontecer por

incompreensível desprezo político em boa parte das comarcas do Estado de São Paulo e no Estado de Santa Catarina, onde sequer houve instalação.

A tese da inconstitucionalidade progressiva do artigo 68 do Código de Processo Penal já foi ventilada e acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário 341.717-SP, cuja ementa segue para análise:

Ementa: Ministério Público. Ação Civil "Ex Delicto". Código de Processo Penal, art. 68. Norma ainda constitucional. Estágio intermediário, de caráter transitório, entre a situação de constitucionalidade e o estado de inconstitucionalidade. A questão das situações constitucionais imperfeitas. Subsistência, no estado de São Paulo, do art. 68 do CPP, até que seja instituída e regularmente organizada a defensoria pública local. Precedentes. Decisão: A controvérsia constitucional objeto deste recurso extraordinário já foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, cujo Plenário, ao julgar o RE 135.328-SP, Rel. Mi Marco Aurélio, fixou entendimento no sentido de que, enquanto o Estado de São Paulo não instituir e organizar a Defensoria Pública local, tal como previsto na Constituição da República (art. 134), subsistirá, íntegra, na condição de norma ainda constitucional - que configura um transitório estágio intermediário, situado "entre os estados de plena constitucionalidade ou de absoluta inconstitucionalidade" (Gilmar Ferreira Mendes, "Controle de Constitucionalidade", p. 21, 1990, Saraiva) -, a regra inscrita no art. 68 do CPP, mesmo que sujeita, em face de modificações supervenientes das circunstâncias de fato, a um processo de progressiva inconstitucionalização, como registra, em lúcida abordagem do tema, a lição de Rogério Felipeto ("Reparação do Dano Causado por Crime", p. 58, item 4.2.1, 2001, Del Rey). É que a omissão estatal, no adimplemento de imposições ditadas pela Constituição - à semelhança do que se verifica nas hipóteses em que o legislador comum se abstém, como no caso, de adotar medidas concretizadoras das normas de estruturação orgânica previstas no estatuto fundamental - culmina por fazer instaurar "situações constitucionais imperfeitas" (Lenio Luiz Streck, "Jurisdição Constitucional e Hermenêutica", p. 468-469, item 11.4.1.3.2, 2002, Livraria do Advogado Editora), cuja ocorrência justifica "um tratamento diferenciado, não necessariamente reconduzível ao regime da nulidade absoluta" (J. J. Gomes Canotilho, "Direito Constitucional", p. 1.022, item 3, 5ª ed., 1991, Almedina, Coimbra - grifei), em ordem a obstar o imediato reconhecimento do estado de inconstitucionalidade no qual eventualmente incida o Poder Público, por efeito de violação negativa

12 Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

do texto da Carta Política (RTJ 162/877, Rel. Mi Celso de Mello, Pleno).

Na esteira do mesmo entendimento, trazemos à baila o escólio de Nestor Távora e Rosmar de Alencar:

o magistrado não pode julgar extra petita, de sorte que só estabelecerá o valor da indenização se tal requerimento lhe foi apresentado, em regra, com a apresentação da inicial acusatória[...]

[...] estará o MP legitimado para requerer indenização em favor do ofendido? Entendemos que não, já que uma tal pretensão exorbitaria o âmbito de sua atribuição. No máximo, sendo a vítima pobre, e se na comarca não há Defensoria, assistiria ao MP requerer a indenização em favor do hipossuficiente, por analogia ao artigo 68 do CPP. Nos demais casos, restaria ao ofendido devidamente identificado habilitar-se como assistente da acusação, para só assim apresentar sua pretensão indenizatória.¹³

Logo, nas comarcas em que a Defensoria Pública esteja estruturada não caberá ao Ministério Público perseguir interesses de ordem privada.

Conclusões

Pelas razões acima expostas, podem ser deduzidas em articulados as seguintes conclusões:

1. As reformas pontuais realizadas no Código de Processo Penal representam a necessidade de (re) construir a dogmática processual penal à luz dos valores ético-políticos da ordem constitucional vigente;

2. o legislador criou a possibilidade de o juiz criminal fixar sincreticamente o mínimo indenizatório que entender cabível já na sentença penal condenatória, havendo indícios de que sua preocupação foi com a efetividade do processo e a valorização da vítima no processo penal;

3. o mínimo indenizatório suscita perplexidade e divergências na doutrina, não havendo ainda jurisprudência suficiente sobre o tema;

4. apesar da literalidade do novo preceito, o mínimo indenizatório pode provocar violação de direitos e garantias fundamentais;

5. a fixação do mínimo indenizatório não é efeito genérico da sentença penal, mas sanção civil que não prescinde do contraditório e da ampla defesa;

6. não pode o juiz criminal fixá-lo de ofício, sob pena de violação da inércia de jurisdição, ofensa à dialética processual, ofensa ao papel de garante da paridade de armas no processo e mitigação do princípio da correlação entre o pedido e a sentença;

7. o novo instituto não se confunde com o mínimo indenizatório existente na Lei dos crimes ambientais, já que o art. 19 da Lei 9605/1998 prevê perícia no curso da instrução a respeito da qual a defesa tem efetiva oportunidade de se manifestar;

8. tratando-se de interesse privado, não pode ser requerido pelo Ministério Público, considerado o perfil que lhe confere o artigo 127 da Constituição Federal;

9. o artigo 68 do Código de Processo Penal, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, padece de inconstitucionalidade progressiva;

10. em comarcas com Defensoria Pública instalada, não pode o Ministério Público atuar em favor dos economicamente desfavorecidos.

Referências bibliográficas

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINAMARCO. Candido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2008.

GOMES, Luis Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer et al. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As reformas no processo penal. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 468.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigus Cavalcanti de. *Curso de Direito Processual Penal*, 2. ed. Salvador: Editora Podivm, 2009.

13 In *Curso de Direito Processual Penal*, 2.ed. Salvador: Editora Podivm, 2009, p.177.